

Viajes, bonos y COVID: Algunas reflexiones transitorias¹

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación otorgado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, DER2017-85616-R, bajo el título: "Desmontando la economía colaborativa: Hacia una nueva forma de comercialización de productos y servicios".

Palabras clave: viajes combinados; viajeros; insolvencia; garantías; circunstancias inevitables y extraordinarias; pandemia; bonos.

Inmaculada González Cabrera

*Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

María del Mar Gómez Lozano

*Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Almería*

Profesoras investigadoras del Grupo de investigación "Turismo, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente" (TOTMA), integrado en el Instituto Universitario ECOAQUA-ULPGC. Investigación centrada en el ámbito del Derecho del turismo. Destacan sus contribuciones a la protección del consumidor en el contrato de viaje combinado y, en particular, el análisis conjunto que han realizado en diversos trabajos sobre la garantía contra la insolvencia de los operadores turísticos.

Introducción

Es innegable la grave repercusión social y económica que ha provocado la paralización del tránsito de viajeros a causa de la pandemia, tanto a nivel interno como internacional. Se trata de una situación sin precedentes que está afectando de forma considerable al sector turístico, que, en principio, va a ser uno de los que tendrá mayores dificultades para reactivarse, pese a los múltiples esfuerzos desde los ámbitos público y privado.

Nuestro país, como otros de la Unión Europea, a través de sus gobernantes, también afronta la crisis del sector. Para paliarla, se están planteando tanto la concesión de ayudas directas (créditos, avales, etc.) como la implantación de diversos mecanismos que permitan a algunos empresarios turísticos afrontar los reembolsos económicos, aplazándolos en el tiempo para evitar la gran preocupación que se cierne, sobre todo, el sector: la liquidación de las empresas por insolvencia y el daño que ello produciría a

uno de los sectores económicos más relevantes en el PIB español.

Fruto de esta preocupación ha sido la reciente alteración de las relaciones entre empresarios y consumidores en la contratación de viajes combinados, inicialmente a través del artículo 36.4 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la COVID-19 y reajustada más recientemente por el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (Disposición final quinta. Uno). Ha de advertirse que dichas disposiciones no se han traducido en una reforma expresa del régimen legal del viaje combinado contenido en el Libro IV del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (arts. 150-170), pero sí en un cambio de condiciones.

Aunque el objeto de este trabajo es reflexionar sobre el alcance y la fundamentación de dichas modificaciones en el marco del estado de alarma, no puede dejar de indicarse que estas observaciones han de tener necesariamente carácter transitorio, derivado de la propia transitoriedad de las normas objeto de estudio:

en primer lugar, la de la normativa que en España ha incorporado la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo. Surge al respecto la duda de si el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de di-

rectivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados, aunque se encuentra convalidado ¹, debería ser objeto de una nueva tramitación parlamentaria ², conforme a lo previsto en el artículo 151 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982;

 y, en segundo lugar, la transitoriedad de la normativa dictada en el marco de la declaración del estado de alarma, que está sujeta a variados cambios. De una parte, porque muchas de estas medidas están siendo objeto de modificación sucesiva, por diversas circunstancias, lo que genera una indiscutible inseguridad jurídica para todas las partes implicadas. Y de otra, por la tramitación parlamentaria que los reales decretos-ley de 2020 adoptados por el Gobierno con ocasión de la declaración del estado de alarma han de recorrer a instancias del grupo parlamentario que lo solicite ³.

Las novedades legislativas que durante la vigencia del estado de alarma se están adoptando en materia de viajes combinados justifican, aunque sea con este carácter transitorio, que se realicen unas reflexiones al respecto, especialmente porque el sector duda de la eficacia de las mismas en relación con su propia solvencia y porque reclama la permanencia de algunas de esas medidas, como la relativa a la utilización de los bonos como herramienta de protección de los intereses económicos de los consumidores en la contratación de estos viajes.

La protección del viajero en los supuestos de terminación del contrato o ejercicio del derecho de desistimiento por concurrencia de circunstancias inevitables y extraordinarias

En la normativa de viajes combinados: el artículo 160 TRLGDCU

Una de las cuestiones más significativas que hemos de tener presentes en la organización y venta de los viajes combinados es que son contratos que pueden celebrarse con mucha anticipación al momento de su ejecución. Precisamente por ello, el legislador trata de prever los eventuales cambios que pueden producirse antes de la celebración del viaje y sus consecuencias jurídicas. Esos cambios y alteraciones pueden traer su causa de la decisión que adopte cualquiera de las partes que interviene en el contrato.

Una de ellas es la cancelación del viaje por cualquiera de las partes, lo que, obviamente, supone un incumplimiento que puede generar determinadas penalizaciones para la contraparte que rescinde el contrato (art. 160 del TRLGDCU). Estas penalizaciones adicionales

1 Ver la Resolución de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados (BOE núm. 25, de 29 de enero de 2019).

2 Ver el Proyecto de Ley de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados (procedente del Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre), que se publicó en el BOCG núm. 44-1, de 8 de febrero de 2019 (121/000043). El proyecto de ley caducó, aunque en la fase de enmiendas se presentaron varias que afectaban a la materia de los viajes combinados (enmiendas 15 y siguientes).

3 En la página web del Congreso de los Diputados puede accederse al listado y estado de tramitación de los diversos proyectos de ley que tienen como origen las indicadas normas (Congreso de los Diputados / Iniciativas / XIV Legislatura / Proyectos de Ley). A fecha 11 de junio de 2020 ya figura el Proyecto de Ley por la que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (procedente del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo), que se encuentre en fase de enmiendas (121/000013).

no habrán de afrontarse por el organizador, cuando la cancelación se deba a que el número de personas inscritas para el viaje combinado es inferior al número mínimo que se había especificado en el contrato, pero siempre que organizador o minorista comuniquen esta cancelación al viajero dentro de los plazos fijados en el contrato, o, en su defecto, el previsto en la norma [art. 160.3 a) del TRLGDCU]. Pero, también, cuando el organizador se ve en la imposibilidad de ejecutar el contrato por circunstancias inevitables y extraordinarias, siempre que se notifique al viajero sin demora indebida [art. 160.3 b) del TRLGDCU].

Estas circunstancias inevitables y extraordinarias permiten también al viajero cancelar el contrato sin sufrir las penalizaciones previstas en el artículo 160.1 del TRLGDCU, pudiendo recuperar el importe que haya satisfecho por el viaje tanto, si la causa de resolución se esgrime por la compañía como por él mismo⁴.

Por lo que atañe a la previsión del artículo 160.2 del TRLGDCU, este parece permitir la resolución del contrato sin coste para el viajero, solo y exclusivamente, cuando las circunstancias inevitables y extraordinarias concurren en el lugar de destino o en sus inmediaciones, o afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros en el lugar de destino. Y si bien pudiera parecer que comprende todas las circunstancias en las que pudiera encontrarse el viajero para cancelar su viaje ante una circunstancia inevitable y extraordinaria que sobrevenga tras la celebración del contrato, no es así, pues solo cuando encaje en alguna de las anteriores podrá evitar las penalizaciones estipuladas. Cabe perfectamente entender que, con una práctica paralización o restricción del tráfico en los países europeos, así como con los cierres de fronteras de muchos países, cuarentenas a la entrada del turista y otras medidas restrictivas adoptadas de forma desigual por los Estados para contener la Pandemia, es muy probable que la cancelación del viajero encaje en alguna de estas situaciones. Es más, cabe que se promuevan cuando no se cancelan dichos viajes por el propio organizador, pero la situación de incertidumbre a medio y largo plazo permite el mantenimiento de estos contratos ante la eventual hipótesis de que pudieran ejecutarse. Piénsese en aquellos celebrados para realizarse en los meses de verano.

Y es que, frente a lo previsto con carácter general en el artículo 160.2 del TRLGDCU para los supuestos en los que concurriendo circunstancias inevitables y extraordinarias en el lugar de destino o en las inmediaciones y que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros al lugar de destino, el viajero tendrá derecho a resolver el contrato antes de su ejecución sin gastos, esto es, sin tener que pagar a los operadores las penalizaciones previstas en el número 1 del mismo precepto. En tal caso, se prevé que al viajero deban serle devueltas las cantidades que había abonado, *“sin demora indebida y, en cualquier caso, en un plazo no superior a catorce días naturales después de la terminación del contrato de viaje combinado”* (art. 160.4 del TRLGDCU).

Obligado es señalar que el contrato de viaje combinado tiene la peculiaridad de ser un contrato celebrado con uno o varios empresarios, pero en los que hay terceros prestadores de servicios cuya única vinculación es con los propios operadores, a través de múltiples contratos interempresariales (contingente, chárter, etc.), por lo que el retorno de los abonos anticipados, en ocasiones, no resulta fácil. Precisamente por ello se obliga al organizador y al minorista a establecer una garantía que responderá, con carácter general, del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios frente a los contratantes de un viaje combinado (art. 165 del TRLGDCU) y, con carácter finalista del

⁴ El texto del artículo 160 se corresponde con el del artículo 12 de la Directiva 2015/2302. Una aclaración sobre las circunstancias inevitables y extraordinarias aparece en el considerando 31: “Tales circunstancias pueden ser, por ejemplo, una guerra u otros problemas graves de seguridad como el terrorismo, riesgos importantes para la salud humana como el brote de una enfermedad grave en el lugar de destino, o catástrofes naturales como inundaciones o terremotos, o condiciones meteorológicas que hagan imposible desplazarse con seguridad al lugar de destino según lo convenido en el contrato de viaje combinado” (la cursiva es nuestra).

incumplimiento por razón de la insolvencia de tales operadores (art. 164 del TRLGDCU). Estas cuestiones serán tratadas más adelante.

En la normativa dictada como consecuencia de la declaración del estado de alarma

· Consideraciones generales

La declaración del estado de alarma ha traído tras de sí diversas reestructuraciones, especialmente en lo que se refiere a las relaciones contractuales. En unos casos, por la publicación de normas que, sin modificar aquellas de las que traen causa, alteran las condiciones de los contratos, como ha ocurrido con las relativas al contrato de viaje combinado, concretadas en las disposiciones que se analizarán a continuación. Y en otros, porque la casi olvidada "cláusula rebus sic stantibus" ha recuperado protagonismo como moduladora de las condiciones contractuales (Castiñeiras, 2014: 8; Magro, 2020 y Álvarez, 2020).

Es posible que entre ambas reestructuraciones exista una conexión, pues nuestro legislador parece que se hace eco de esta cláusula de creación jurisprudencial (Álvarez, 2020)⁵ para modificar los contratos celebrados por los consumidores ante la situación de la pandemia generada por la COVID-19. Pero también es cierto que en materia de protección de consumidores en general o de viajeros en particular, existen unos límites y estos vienen marcados por las normas armonizadoras (directivas) o unificadoras (reglamentos) de la Unión Europea.

Por ello, la actitud desde la Unión Europea ha sido la de recomendar ciertas prácticas para atender en estas circunstancias doblemente inevitables y extraordinarias (por lo que suponen en la relación contractual concreta y a nivel universal, pues dichas circunstancias tienen como base una pandemia⁶) los intereses de ambas partes. Utilizando una de las fórmulas previstas para alcanzar los objetivos contemplados en los Tratados de la UE, las recomendaciones, se sugieren diversas prácticas a tener en cuenta, a pesar del carácter no vinculante de este instrumento legislativo, sin alterar las disposiciones aplicables (Recomendación (UE) 2020/648, relativa a los bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de COVID-19)⁷. Destaca especialmente, para proteger los intereses de operadores e intermediadores, la referencia a "hacer atractivos los bonos", de tal suerte que (i) sugiere un plazo de validez mínima de 12 meses, pudiendo recuperar el reembolso antes de esa fecha; (ii) promueve su utilización en servicios prestados por el operador o por empresas del mismo grupo; (iii) recomienda que sean transferibles sin coste adicional; e, incluso, (iv) aconseja que puedan entregarse bonos por importes superiores a la cantidad abonada por el viajero. Todo ello para tratar de eludir las reticencias del usuario a recibirlos.

Esta es la causa del cambio operado en las medidas adoptadas por el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19: "Asimismo, con posterioridad a la aprobación del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, con fecha 13 de mayo de 2020 la Comisión Europea emitió la Recomendación (UE) 2020/648, relativa a los

5 Entre las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, ver las de 3 de junio de 2014 y la de 20 de julio de 2017.

6 Según el Diccionario de la lengua española de la RAE, "enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región".

7 En los considerandos de la Recomendación se hace referencia a dos documentos previos que se adoptaron y publicaron los días 18 y 19 de marzo (Las Directrices interpretativas sobre los Reglamentos de la UE en materia de derechos de los pasajeros en el contexto de la situación cambiante con motivo de la COVID-19 y las directrices informales sobre la aplicación de la Directiva sobre los viajes combinados en relación con la COVID-19).

bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de COVID-19, resultando preciso adaptar el apartado 4 del artículo 36 de dicho Real Decreto-ley al contenido de la Recomendación. A tales efectos, se modifica este artículo en un doble sentido, en primer lugar, para circunscribir la posibilidad de emisión de los bonos a la aceptación voluntaria con carácter previo por parte del pasajero o viajero, y, en segundo lugar, para establecer el plazo automático de 14 días para el reembolso del importe del bono a la finalización de su periodo de validez, si este no ha sido canjeado”.

· El artículo 36.4 del RDL 11/2020

Como ya se ha indicado, el RDL 11/2020 modificó significativamente la relación entre el consumidor y el intermediador turístico (organizador y minorista) con ocasión de los viajes combinados que no hubiesen podido celebrarse debido a la pandemia.

Señalaba la norma (artículo 36.4), después de dedicar los primeros párrafos a tratar las nuevas consecuencias jurídicas de los contratos de tracto sucesivo celebrados por los consumidores, permitiéndoles su cancelación, que “[e]n el supuesto de que se trate de contratos de viaje combinado, que hayan sido cancelados con motivo del COVID19, el organizador o, en su caso, el minorista, podrán entregar al consumidor o usuario un bono para ser utilizado dentro de un año desde la finalización de la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, por una cuantía igual al reembolso que hubiera correspondido. Transcurrido el periodo de validez del bono sin haber sido utilizado, el consumidor podrá solicitar el reembolso completo de cualquier pago realizado. En cualquier caso, el eventual ofrecimiento de un bono sustitutorio temporal deberá contar con el suficiente respaldo financiero que garantice su ejecución. No obstante lo anterior, el organizador, o en su caso el minorista, deberán proceder a efectuar el reembolso a los consumidores y usuarios en el supuesto de que estos solicitaran la resolución del contrato, de conformidad con lo previsto en el apartado 2 del artículo 160 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, siempre que los proveedores de servicios incluidos en el contrato de viaje combinado hubieran procedido a la devolución total del importe correspondiente a sus servicios. Si solo algunos de los proveedores de servicios del viaje combinado efectuaran la devolución al organizador o, en su caso, al minorista, o la cuantía devuelta por cada uno de ellos fuera parcial, el consumidor o usuario tendrá derecho al reembolso parcial correspondiente a las devoluciones efectuadas, siendo descontado del importe del bono entregado por la resolución del contrato. El organizador o, en su caso, el minorista, procederán a efectuar los reembolsos citados anteriormente en un plazo no superior a 60 días desde la fecha de la resolución del contrato o desde aquella en que los proveedores de servicios hubieran procedido a su devolución”.

Como se puede observar, el RDL 11/2020 modificó notoriamente las previsiones del artículo 160 TRLGDCU, pues de un lado, preveía que dicho reembolso se modificara por la entrega de un bono con la cuantía íntegra (sobre el que volveremos infra), que podría ser utilizado en el plazo de un año contado a partir de la finalización de la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas. Y de otro, admitía, asimismo, las entregas parciales de los empresarios que ejecutaran algunos de los servicios que integran el viaje combinado, sin que quedara clara aquí la condición de estos como parte o externos al contrato de viaje combinado. Y, por último, ampliaba el plazo para dicha devolución a 60 días.

La cuestión relativa a los tiempos resulta fundamental para analizar esta propuesta. En muchos países ya se apuesta por la apertura de fronteras para recibir un flujo de turistas a partir de junio (Italia, Grecia, por ejemplo), por lo que, en principio y para esas fechas, no habría razón objetiva alguna para rescindir el contrato por ninguna de las partes. Pues es aquí donde podía operar, como medida protectora del consumidor, la previsión del

artículo 36.4 del RDL 11/2020, pues si para entonces y debido a algunas de las medidas adoptadas para contener la COVID-19, fuera imposible para el usuario la realización del viaje, este podría cancelarlo sin penalización (Vilalta 2020: 4). Cabría el caso de que, para entonces el viajero de positivo por COVID-19 y deba confinarse, o que su situación laboral haya cambiado notablemente, pues haya perdido temporal o definitivamente su puesto de trabajo, o su negocio haya cerrado con cuantiosas pérdidas o haya tenido que modificar su tiempo de vacaciones (en la sanidad canaria, por ejemplo, y ante una previsión de repunte del número de afectados en otoño, se ha forzado a todo el personal a reorganizar sus vacaciones para estar disponibles en el último trimestre del año). En cualquier caso, no cabe olvidar que estamos ante una “norma transitoria, aplicable solo en este contexto coyuntural” (Sánchez, 2020), sin demasiado recorrido, más allá de la previsión del bono con garantía financiera (del que trataremos infra).

· La Disposición Final Quinta del RDL 21/2020

Dos meses después de la alteración de las condiciones de protección del viajero en la contratación de viajes combinados, el urgente legislador español se ha visto obligado a modificar sus medidas. Ahora, las nuevas indicaciones para los viajeros y operadores e intermediadores del sector son diversas, tomando como referencia, como no podía ser de otra manera, la Recomendación europea antes indicada.

Los cambios principales que se han efectuado en el apartado primero del artículo 36.4 se refieren al carácter voluntario que tiene el bono (en vez del bono obligatorio recogido en el RDL 11/2020), a su flexibilización y, como no podía ser de otra manera a la obligatoriedad de abonar la cuantía del bono no utilizado en el periodo de validez a más tardar, en 14 días. El cambio de tenor del citado artículo 36.4, provocado por la disposición final quinta del RDL 21/2020, obliga a un replanteamiento en las posiciones adoptadas hasta el presente por los organizadores de viajes y por las aerolíneas, obligadas, conforme al Reglamento (CE) 261/2004, a reembolsar a los pasajeros en un plazo de siete días, cuando se cancela el vuelo y no cabe llevarles a destino, de tal suerte que, a partir de la entrada en vigor vuelve a primar el reembolso en los plazos establecidos por la normativa europea, salvo que se ofrezcan bonos lo suficientemente atractivos para que los consumidores opten prioritariamente por estos.

La protección del viajero frente la insolvencia de los intermediadores turísticos

Consideraciones generales

Lo cierto es que la previsión contenida en el artículo 36.4 del RDL 11/2020, como ya se anticipó, no parece cubrir las necesidades de protección del consumidor por la cancelación de un viaje combinado, sino que tiende a evitar la posible insolvencia de los operadores turísticos que se enfrentan a una cancelación masiva de viajes, con la demanda del consecuente reembolso, difícil de afrontar debido a la falta de nuevas reservas. Precisamente por ello, la propia Unión Europea aconseja, primero (*Commission's Directorate-General for Justice and Consumer*, 2020: 2), y recomienda, posteriormente [Recomendación (UE) 2020/648, núm. 19], la posibilidad de que los viajeros consideren aceptar un vale o crédito de viaje en vez de solicitar el reembolso del dinero, pero recomiendan que dicho vale o crédito se garantice, a fin de proteger adecuadamente al consumidor frente a una eventual insolvencia del operador.

Las situaciones de insolvencia vienen a regularse en España por el reciente Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR). Esta norma, como su precedente, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no ofrece ningún tipo de particularidad si se genera la insolvencia de los intermediadores turísticos y buena parte de los acreedores son sus consumidores. Bien al contrario, establece unas consecuencias similares para los clientes como acreedores concursales, que llevan a establecer, con carácter general su crédito como crédito concursal de carácter ordinario (art. 269.3 del TRLR), postergándoles en la prelación en el cobro.

Sin embargo, tanto en la normativa turística y, en especial, en el TRLGDCU cuando ordena el viaje combinado, se pueden encontrar algunas actuaciones o prácticas que requieran una aplicación adaptada del Derecho concursal (Gómez y González, 2014: 1). Por ello, es necesario valorar la posible existencia de privilegios legales extra-concursales como medida óptima de protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores en este sector (Auriales, 2005: 164); privilegios entre los que habrá que analizar los bonos que tan insistentemente se promueven para evitar, ciertamente, la iliquidez de las compañías.

Con carácter general, la ordenación contenida en el TRLR, como su predecesora, parte, en principio, de la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, como es el que nos ocupa, de tal suerte que el concurso en sí mismo no es título suficiente para resolver los contratos pendientes de ejecución, por ninguna de las partes (arts. 156 y 158 del TRLR). Esto se explica por la necesidad de mantener y conservar la actividad empresarial, de modo que habrá que poner todos los medios que estén al alcance de los implicados para que se facilite la continuidad de la empresa. Los bonos que son objeto de análisis parecen tender a ella. Aplicándolo al contrato de viaje combinado, una vez que se ha declarado el concurso del organizador del viaje podemos encontrarnos con varias situaciones distintas, dependiendo de que ambas partes o solo una de ellas (la parte *in bonis*) hayan cumplido con la prestación en todo o en parte. Así, si la declaración de concurso tiene lugar con anterioridad a la ejecución del contrato de viaje combinado (es decir, que no ha comenzado su ejecución), el consumidor (contratante principal) habrá tenido que desembolsar, o bien un anticipo no superior al 40% del precio total del viaje combinado, o bien, el total del precio global del viaje (Gómez y González, 2014: 11). Adviértase que, en ambos casos, la parte *in bonis* habrá tenido que cumplir, en todo o en parte, su obligación, mientras que la obligación del organizador queda pendiente de cumplimiento. La deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o pasiva del concurso (arts. 157 y 158 del TRLR), por lo que se obligará al consumidor a cobrar según la ley del dividendo, como ya señalamos (Gómez y González, 2014: 12).

Para evitar esta perversa situación se prevé la garantía contra la insolvencia, recogida hoy en el artículo 164 del TRLGDCU. También, y con carácter general, responde a un esfuerzo amplio y común para evitar la insolvencia de las empresas en la Unión Europea la reciente Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) 2015/1017 en lo que respecta a la creación de un Instrumento de apoyo a la solvencia, de 29 de mayo de 2020 [COM (2020) 404].

La garantía contra la insolvencia como privilegio extra-concursal

El artículo 163 del TRLGDCU antes de la reforma para incorporar la DVCySVV recogía de forma expresa la obligación que tenían las agencias de viajes como organizadores y, en su caso, detallistas, hoy minoristas o comercializadores de viajes combinados, de constituir y mantener en vigor una garantía para responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios frente a los contratantes de un viaje combinado y, especialmente, para el reembolso de los fondos depositados y el resarcimiento por los gastos de repatriación en el supuesto de insolvencia o quiebra. Adviértase que, conforme a la derogada ordenación, la garantía tenía una doble finalidad: una de carácter

general, que venía a responder del cumplimiento de las obligaciones que se generaran en la ejecución del viaje combinado a la que nos referiremos infra, y otra finalista, cuál era el reembolso de los abonos realizados por los viajeros, así como el resarcimiento de los gastos de repatriación que surgieran debido a la insolvencia del operador del viaje, estos es, de la agencia organizadora.

Esta doble finalidad sigue manteniéndose actualmente, de tal suerte que, como avanzamos, se recoge en el artículo 164 del TRLGDCU la garantía frente a la insolvencia y en el artículo 165 del mismo cuerpo legal la garantía de la responsabilidad contractual.

Por lo que a la primera se refiere, y ya con la reforma operada en el derogado artículo 163 del TRLGDCU por la Disposición decimoséptima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, la redacción del precepto no dejaba lugar a dudas acerca del carácter finalista de esta garantía, al menos en lo atinente a eludir el régimen general del procedimiento concursal (González, 2019: 7). Carácter finalista que se mantiene en el actual 164 donde, además, se insiste en su alcance y efectividad. Así, dicha garantía *“cubrirá el importe de los pagos realizados directamente por los viajeros, o por un tercero en su nombre”* (art. 164.2 del TRLGDCU). Una vez producida la insolvencia, *“la garantía deberá estar disponible pudiendo el viajero acceder fácilmente a la protección garantizada... Los reembolsos correspondientes a servicios de viaje no ejecutados se efectuarán sin demora indebida previa solicitud del viajero”* (art. 164.3 del TRLGDCU). Finalmente, el legislador aclara que *“la garantía se activará gratuitamente para las repatriaciones y, en caso necesario, para la financiación del alojamiento previo a la repatriación, sin implicar ningún adelanto de pago para el viajero”*.

Esto resultaba absolutamente claro de la posición mantenida por el antiguo Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en varias sentencias (de 8 de septiembre de 1996, de 14 de mayo de 1998, o 15 de junio de 1999, entre otras), en las que, al interpretar el artículo 7 de la Directiva 90/314, antecedente de los artículos 17 y 19 de la DVCySVV, señaló que esta garantía implicaba la atribución al viajero de unos derechos que garantizaran la devolución de los fondos que depositó y su repatriación en caso de insolvencia o de quiebra del organizador. La justificación de la misma se sustentaba en el pago por anticipado de todo o de buena parte del precio del viaje; y, en la dispersión de la responsabilidad en cuanto a la ejecución de las prestaciones entre el organizador y los diferentes prestadores cuyos servicios combinados constituyen el objeto del contrato (González, 2019: 11). Además, conforme al artículo 7 de la Directiva 90/314 se confirió al consumidor un derecho directamente ejercitable frente al asegurador o a la entidad de crédito, derecho que se acreditaba a través del certificado oportuno.

Ciertamente, conforme a la posición del Alto tribunal europeo y la propia regulación interna, el consumidor puede exigir el reembolso de los fondos depositados siempre que pruebe la entrega de esta cantidad en concepto de reserva del viaje combinado al organizador o minorista. También, obviamente, del resto de las cantidades si el abono del viaje se hizo en su totalidad (González, 2019: 15), pues, tal y como señala el legislador europeo, la protección del usuario frente a la insolvencia del operador turístico deba ser eficaz, entendiéndose por dicha eficacia que *“la protección debe estar disponible tan pronto como, a consecuencia de los problemas de liquidez del organizador, los servicios de viaje dejen de ejecutarse, no vayan a ejecutarse, o vayan a ejecutarse solo en parte, o cuando los prestadores de servicios exijan su pago a los viajeros”* (considerando núm. 39 de la DVCySVV). A tal fin, continúa requiriendo *“que los organizadores faciliten a los viajeros un certificado que acredite el derecho a reclamar directamente al que sea garante en caso de insolvencia”*. En efecto, la propia normativa autonómica, competente en nuestro país para ordenar la constitución de tales garantías, refuerza esa eficacia directa, de tal suerte que el consumidor podrá requerir directamente al asegurador el abono de las cantidades adeudadas por el operador por razón de su insolvencia.

Llegados a este punto, es preciso insistir en el carácter que tiene la antedicha garantía como privilegio de carácter extraconcursal (Aurioles, 2005: 164), lo que en definitiva significa que los consumidores acreedores de una agencia de viajes en concurso tendrán preferencia en el cobro de sus créditos (Gómez y González, 2010: 345), no sumándose en consecuencia, y por expresa decisión del legislador europeo, a la *“par conditio creditorum”*, que se reserva para el resto de profesionales y empresarios que se aventuran en la explotación mercantil (hoteleros, transportistas, restauradores, guías turísticos, etc.).

La garantía de la responsabilidad contractual

Como anticipamos, nuestro legislador mantiene en el artículo 165 del TRLGDCU, la obligación que tienen el organizador y el minorista de constituir y mantener vigente una garantía para responder *“del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios frente a los contratantes de un viaje combinado”*. Esta garantía puede ser reclamada directamente por el viajero una vez que se genere la falta de cumplimiento. Ciertamente, viene a responder de cualquier obligación que se origine en la prestación del viaje combinado y, dada la responsabilidad que asumen en dicho contrato las agencias partícipes, tanto de las obligaciones propias como de las que correspondan a los distintos prestadores de los servicios, podrá servir para cumplir con las compensaciones económicas en los casos de cancelaciones de vuelos, retrasos en los mismos, pérdidas o daños al equipaje, así como a la denegación de la habitación por overbooking o sobrecontratación alojativa, entre otras, siempre que tales servicios –el transporte y el alojamiento– sean parte del viaje combinado (González, 2018: 13). En consecuencia, habrá que admitir que esta garantía responderá frente al consumidor de cualquier falta de conformidad que resulte de la ejecución del contrato de viaje combinado, con independencia de que la misma sea debida al incumplimiento o no de las agencias partícipes, esto es, cuando resulte de la falta de cumplimiento de cualesquiera de los prestadores de los servicios incluidos en el viaje (González, 2018: 14). Habrá que preguntarse, además, si responde de la falta de cumplimiento por razones ajenas a la voluntad de cualquiera de las antedichas partes.

En efecto, para ello hay que señalar, de un lado, que hasta este momento los pocos estudios que han abordado la cuestión lo han hecho sobre la base de la imputabilidad del incumplimiento o falta de conformidad, de tal suerte que, a diferencia de la garantía frente a la insolvencia, que podría hacerse efectiva tras la prueba de los abonos realizados, la garantía de la responsabilidad contractual requería un acto firme (sentencia judicial o laudo) que reconociera la falta de conformidad o el incumplimiento del operador, legitimando así al consumidor a requerir el pago a la entidad aseguradora. De otro, porque han venido admitiéndose dentro de las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad que cabría incorporar al contrato de viaje combinado, aquellas, cuyos límites fueran razonables y no afecten a los daños personales, pero también aquellas otras que limitan la responsabilidad de los organizadores en coherencia con otras normas de la Unión Europea o con los Convenios Internacionales que esta ha firmado, puesto que las mismas no cabría considerarlas como abusivas (González, 2018: 14). Todo ello nos induce a pensar que la garantía de responsabilidad solo es posible aplicarla en aquellos casos en los que quepa imputar la responsabilidad del organizador o del minorista, también de los prestadores de servicios de los que responden las antedichas agencias con carácter solidario frente al consumidor (art. 161.1 del TRLGDCU), pudiendo eximirla cuando el incumplimiento del contrato se deba a circunstancias inevitables y extraordinarias como la COVID-19 (art. 162.3 del TRLGDCU).

Pero hay que poner en relación cuanto hemos dicho con el carácter tuitivo de la norma, con esos principios generales que amparan, tanto el contenido mínimo de la DVCySVV como aquellos aspectos que podían quedar en manos de los Estados, entre los que están la responsabilidad solidaria de organizadores y minoristas. Y si seguimos el hilo de nuestro razonamiento, es obvio que la respuesta a la cuestión planteada no es otra que aquella

que permite afirmar que la garantía de la responsabilidad contractual habrá de abordar, no solo los importes en concepto de indemnización que devengarían por el deficiente cumplimiento o el incumplimiento del contrato de viaje combinado, sino, también, por razones elementales, la devolución del importe que se haya recibido por las agencias de viaje para la contratación del viaje si este, incluso por razones ajenas a ella, no puede celebrarse. Entendemos que, en tal caso, bastaría con la prueba de los importes realizados o si así se deseara, aunque puede resultar innecesario, con el reconocimiento explícito de que no puede ejecutarse dicho viaje por circunstancias sobrevenidas inevitables y extraordinarias.

Los bonos garantizados

Expuesto lo anterior y vinculando lo dicho con el contenido del artículo 36.4 del RDL 11/2020, incluso tal y como ha quedado tras su modificación por el RDL 21/2020, volvemos a reiterarnos en la afirmación de que dicho precepto no atribuye al consumidor derecho novedoso alguno, por cuanto siempre ha sido posible ofrecer al usuario el reembolso o su cambio por un crédito de viaje o servicios ulteriores. Lo que hace dicho precepto en ambas redacciones, si bien la primera más gravosa aun para el usuario, es, por la vía del bono, permitir a los operadores turísticos retener durante un año las cantidades que estos habían anticipado para eludir la devolución masiva de unos importes que podían provocar la temida situación de insolvencia (Marín, 2020: 4)⁸. Este tipo de actuaciones del legislador deja patente la fuerza e influencia de la industria sobre el regulador, la denominada captura del regulador (Doménech, 2015: 86), de modo que este es “capaz de sacrificar los derechos reconocidos a los consumidores con tal de otorgar un balón de oxígeno al empresario” (Ribón, 2020). Por tanto, nada se avanza en cuanto al supuesto carácter tuitivo de la norma, pues la misma tiende a proteger a la empresa turística, tan tocada y tan necesitada de auxilio, pero ¿debe ser a costa del usuario?

A nuestro juicio es innecesario, pues ya contamos en nuestro ordenamiento jurídico con una garantía que, con carácter general, se aplicaría a los supuestos en los que el organizador del viaje combinado no pudiera hacer frente a sus obligaciones contractuales con independencia de que estas le fueran o no imputables. Ciertamente, el artículo 165 del TRLGDCU establece el deber de organizadores y minoristas de viajes combinados de constituir una garantía “que responderá con carácter general del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios frente a los contratantes de un viaje combinado”. Pues bien, la misma no señala que deba operar cuando la falta de cumplimiento se deba a causas imputables al operador o a los prestadores de servicios. Puede y debe responder, también, cuando la falta de cumplimiento se deba a razones ajenas al organizador, al minorista y a cualquiera de los prestadores de servicios, pues trata de cubrir, al menos, la devolución de los importes anticipados por el contratante principal cuando la prestación no se realiza, sin perjuicio de que se responde con ella del resto de los gastos que pudiera realizar el consumidor durante el viaje, si por razón de la falta de cumplimiento de los operadores, se ve en la obligación de realizar gastos extra. Una parte de la doctrina también parece aludir a ella cuando se incorpora como un seguro con independencia de la responsabilidad o no de la propia compañía (Martínez, 2020: 3).

En cualquier caso, es preciso señalar que a una garantía similar parece apuntar la exigencia del artículo 36.4 del RDL 11/2020, modificado por la Disposición final quinta uno del RDL 21/2020, cuando exige que dicho “bono deberá contar con el suficiente respaldo financiero que garantice su ejecución”. Cabe, pues, entender que si carece de dicha garantía financiera la única opción viable para el operador al resolverse el contrato por el usuario es el reembolso del importe abonado. Más cauta, sin embargo, resulta la Recomendación

⁸ Adicionalmente, el regulador adoptar otras decisiones que tienden a eludir la tan temida insolvencia, bien sea ampliando los plazos para solicitar el concurso, bien sea permitiendo no imputar como pérdidas las obtenidas en este año natural (RDL 16/2020).

Europea, cuando prevé que *“los Estados miembros deben estudiar activamente la posibilidad de crear sistemas de garantía para bonos a fin de garantizar que, en caso de insolvencia del emisor del bono, se reembolse a los pasajeros o viajeros”*, pero el estudio para la creación de tales garantías no significa que estos cuenten con la misma, si bien es cierto que, en nuestra opinión y puesto que el artículo 17 de la DVCySVV no es tan amplio como su transposición en los artículos 164 y 165 del TRLGDCU, de no preverse tales garantías suplementarias, habrían de esperar a que se generara la situación de insolvencia de la compañía para acudir a reclamarla a la entidad garante por razón de la señalada insolvencia del operador. En ese caso el pago es directo e inmediato, bastando la prueba del abono previo o del reembolso no ejecutado por la insolvencia de la compañía.

Conclusiones

Toda la situación expuesta nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

Primera. La necesidad de que los Estados Miembros respeten el contenido mínimo de la protección fijado en una Directiva. Lo que significa que, ni aun estando en una situación tan grave y extraordinaria como la de una pandemia que les obligue a declarar alguna de las situaciones excepcionales previstas en sus textos constitucionales (como el estado de alarma en el caso de España), es posible que éstos adopten medidas que sean contrarias a las Directivas aprobadas para armonizar la protección jurídica de los consumidores en el mercado único.

Segunda. La necesidad de prever y reforzar la protección de los viajeros que contratan viajes combinados con los diversos operadores e intermediadores, no sólo en una situación económica estable, sino muy especialmente en el caso de que éstos puedan encontrarse en una situación de concurso, derivada de la insolvencia por la que pueden verse afectados en esta grave crisis económica.

Tercera. Que la medida de los bonos garantizados sólo puede adoptarse como medida de carácter voluntario mientras no haya una modificación de la Directiva en sentido contrario. Otra cuestión distinta, es que la utilización de estos bonos se convierta en la práctica habitual del sector como consecuencia de la situación que deben afrontar y esa práctica, llegue a convertirse con el tiempo, en un uso de comercio. Quizás el bono haya venido para quedarse, en cuyo caso conviene estudiar si debe incorporarse a la garantía del artículo 165 del TRLGDCU.

Bibliografía

- Commission's Directorate-General for Justice and Consumer. (2020). *INFORMATION ON THE PACKAGE TRAVEL DIRECTIVE IN CONNECTION WITH THE COVID-19*.
- Doménech Pascual, G. (2015). La regulación de la economía colaborativa (El caso "Uber contra el taxi"). *Revista CEFLEGAL, CEF*, 175-176, 61-104.
- Gómez Lozano, M. M., y González Cabrera, I. (2010). La garantía de la responsabilidad contractual de las agencias de viajes en concurso. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 13, 341-348.
- Gómez Lozano, M. M., y González Cabrera, I. (2014). El concurso de acreedores en el ámbito turístico. *Repositorio de la Universidad de Almería*. Recuperado de <http://repositorio.ual.es/handle/10835/3522>
- González Cabrera, I. (2018). Medidas de protección del consumidor frente a la insolvencia de los operadores turísticos: Seguros, fianzas y otras garantías. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 152, 201-248.
- Marín López, M.J. (2020). Efectos del Covid-19 en los contratos con consumidores: el art. 36 del RD-LEY 11/2020. *Centro de Estudios de Consumo*, ed. electrónica.
- Martínez Espín, P. (2020). ¿Hasta cuándo y frente a quién se puede cancelar un viaje bajo la normativa covid? *Centro de Estudios de Consumo CESCO*, mayo, ed. electrónica.
- Ribón Abogados (2020). Conflictos que se avencinan entre consumidores y empresarios por razón de una deficiente intervención legislativa. Análisis del art 36 del RD 11/2020 de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes, complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Recuperado de <http://www.ribon.es/2020/04/29/conflictos-que-se-avencinan-entre-consumidores-y-empresarios-por-razon-de-una-deficiente-intervencion-legislativa-analisis-del-art-36-del-rd-11-2020-de-31-de-marzo-por-el-que-se-adoptan-medidas-urgentes/>.
- Sánchez García, J. (2020). Comentarios artículo 36 del RDL 11/2020 sobre el derecho de resolución de determinados contratos sin penalización por parte de los consumidores y usuarios. *Blog abogacía.es*,. Recuperado de <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-los-consumidores/comentarios-articulo-36-del-rdl-11-2020-sobre-el-derecho-de-resolucion-de-determinados-contratos-sin-penalizacion-por-par-te-de-los-consumidores-y-usuarios/>
- Vilalta Nicuesa, A. E. (2020). Los derechos de los pasajeros en tiempos del Covid-19 y el conundrum del artículo 36 del RD-Ley 11/2020. *Diario la Ley*, 9360, ed. electrónica.